

# Ética na concretização dos direitos fundamentais

**Autor: Luiz Carlos de Castro Lugon**

Desembargador Federal do TRF da 4ª Região,  
Mestre em Direito Público pela PUC/RS  
Publicado na Edição 19 - 27.08.2007

**Sumário:** Introdução. 1 Direito e ideologia. 1.1 A constituição como opção por um modelo político. 1.2 A juridicização das políticas públicas. 1.3 O novo papel do intérprete. 2 A ética coletiva na atividade administrativa. 2.1 A administração contra o cidadão. 2.2 Os direitos fundamentais e a ótica assistencialista. 2.3 O imperativo ético da solidariedade. 2.3.1 Consumismo, exclusão e a “doutrina do não”. 2.3.2 “Reserva do possível”: o orçamento acima do direito à vida? 3 A prevalência da interpretação sistemática. 3.1 Vinculação não justifica omissão do poder público. 3.2 Hierarquização técnica de princípios, normas e regras. 4 A hora da revolução ética. 4.1 A deserção do “estado mínimo”. 4.2 Advocacia pública valorizada contra o excesso de judicialização. 4.3 A motivação obrigatória dos atos administrativos. 4.4 O controle judicial da administração pública. 4.4.1 Doutrina desconstrói dogma do mérito intangível. 4.4.2 Jurisprudência adota a nova visão. 4.5 O juiz como fonte criadora do direito. 4.6 Os direitos do servidor público diante das cláusulas exorbitantes. Conclusão.

## Introdução

Ingenuidade pretender-se ocultar sob a capa fria de rígido cientificismo a índole marcadamente ideológica dos institutos de direito. Um país é construído de acordo com um modelo, traçado aos moldes da evolução histórica. Já se soterrou nas dunas do tempo a imagem falaciosa do magistrado politicamente estéril, cuja equidistância da parte dele lhe exigia uma aridez mental completa, em que ausentes mínimos vestígios de contaminação com quaisquer correntes de doutrinas sociais. Essa teratológica criatura – que nunca houve existência real, pois que cada pessoa possui, independentemente de sua vontade, uma cosmovisão que influi decisivamente em suas atitudes e que, em se tratando de um juiz, repercute fortemente nas decisões prolatadas – faz-se ora substituir por um ente de necessário engajamento, ao qual lhe cabe, sim, ser político; o que lhe é vedado é ser parcial.

## 1 Direito e ideologia

### 1.1 A Constituição como opção por um modelo político



A Constituição de 1988, ao consagrar como escopo uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), externou um posicionamento político. É uma clara opção por um desenho de país igualitário, que se evidencia no também explicitado desiderato de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

Positivada a escolha, observa-se que a constatação da índole política não esgota completamente o estudo do substrato do texto constitucional. É que a adjetivação de “livre, justa e solidária” implica mais que a adoção de uma ideologia, significa também opção por diretrizes axiológicas, um norteamento pautado em valores. Sem invadir áreas afetas à metafísica, pode-se afirmar que liberdade, justiça e solidariedade guardam semânticas de virtudes, valores maiores que regem a convivência social, sem os quais falecem quaisquer tentativas de esboço de um país. Pautar-se-á sempre o desenho em honestidade, em moralidade, em justiça, em respeito às liberdades alheias; ou seja, em um direcionamento ético, sem o qual ineficaz será a opção legislada, distorcidas que serão as regras ao talante dos interesses egoístas dos mais fortes.

## 1.2 A juridicização das políticas públicas

Não há de ficar o estudo da ética restrito apenas a um preceituário deontológico de preceituações negativas, uma coleção de máximas sobre o que se não deve fazer. Há que se exigir dos agentes políticos uma conduta positiva, uma postura que signifique contribuição efetiva para melhorar a sociedade. O eterno medo dos conservadores repudia um ativismo judicial, como se fosse possível abstrair completamente o jurídico do político. Não se deseja, obviamente, uma valorização exacerbada da ideologia, que leve o juiz a improvisar argumentos para uma solução adrede prevista, ao sabor daquilo que pretenda ele socialmente desejável. O que se tem, hoje, é uma dose ponderada de juridicização do político, decorrente da certeza de que não se alcança o justo sem o exercício pelo juiz de um papel de igualizador dentro de um quadro perverso de desnível social.

Ter-se-á, assim, uma ótica projetada segundo a Constituição, na qual, nos entrechoques axiológicos, prevaleçam aqueles condizentes com a sociedade justa e solidária que se quer construir. Supera-se, assim, a lamentável época das “normas programáticas” jamais regulamentadas, que faziam de grande parte das antigas constituições meras cartas de intenções. Empresta-se, hoje, efetividade máxima às cláusulas de proteção dos direitos fundamentais, buscando-se, na aplicação do texto, principalmente em relação às normas protetivas, a maior eficácia possível.

### 1.3 O novo papel do intérprete

Contudo, falar-se numa interpretação sistemática conforme direitos constitucionais garantidos implica tornar presente na realidade a visão de um novo leitor, elaborador de uma interpretação tópico-sistemática, assim visto por JUAREZ FREITAS:

“É de se notar que, diante de um sistema jurídico, compreendido também em sua dimensão aporética, é necessária uma mudança, sobretudo, de mentalidade de todos os envolvidos no processo de interpretação, aplicação e cognição do Direito Positivo, à luz das considerações eminentemente principiológicas, no sentido de uma correta hierarquização conducente à efetividade do sistema, ela mesma devendo ser encarada como um dos mais relevantes princípios para vencer as antinomias.

[...] é no plano da compreensão das funções e dos princípios supremos do Direito vigente que se deve situar a mais densa e profunda das transformações para um novo vislumbre da própria efetividade sistemática.” (FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas*. Tese Doutoral apresentada ao CPDH/UFSC, março 1994, 234 pp.)

Como se consegue um novo perfil para o intérprete? A resposta encontra-se em um reposicionamento ético-ideológico, cuja receita está em HERMANN NOHL (*“Introducción a la etica, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, Primeira Edição em Espanhol, sexta reimpressão, p.182*), verbis:

“El individuo, que creía no depender de nadie, que se sentía responsable sólo ante si mismo, empezó a comprender que precisamente lo mejor de él no es propiedad suya y que existe una realidad espiritual superior a él. Surgió así la tarea de desarrollar el sentido de este mundo espiritual en que el individuo sólo participa y de descubrir la trabazón interior de sus diferentes factores (‘momentos’). Es evidente la gran dissimilitud entre esta ética ‘universal’ y la de Kant. Ésta se había atendido a la consciencia moral de los individuos y se había planteado sólo la cuestión de determinarlo; lo que luego resultaba de tal determinación, la labor, la obra, le era indiferente. Ahora, en cambio, la mirada estaba dirigida hacia este mundo espiritual objetivo, hacia la obra, hacia el resultado. Este mundo era el sentido del obrar de los individuos; y el arte, la ciencia, el Estado, el Derecho, se hallaban como existencias independientes al lado de la naturaleza, como un segundo mundo superior. La elevación de los individuos a este mundo y el perfeccionamiento de éste constituían el nuevo cometido ético.

[...]

Si partimos de la base elemental de esta vida de comunidad, resulta que los individuos no son nómadas; que necesitan la convivencia en un sentido mucho más profundo de lo que suponía el utilitarismo. Las relaciones entre hombre y mujer, entre padres e hijos, son conexiones prístinas de este tipo. Nos hallamos en ellas y hacemos la experiencia de que existe algo que nos embasa, conexiones en que nosotros no pasamos de ser miembros. Esto lo vio muy bien la ética universalista. Hay sentimientos dentro de nosotros que no valoran la relación entre un bien y la unidad del individuo, sino la relación entre el individuo y una unidad que está por encima de él. Se expresa esta relación en la nostalgia y en el ansia, así como en la satisfacción que sentimos por la realización lograda. Estos sentimientos, viéndolos biológicamente, no sirven a los fines del individuo, sino a la especie. No nosotros, cada uno para sí, somos su razón, sino el nexo de la vida y sus fines, que trascienden de nosotros, que alcanzan a otros seres y que llegan también al pasado y al futuro, produciendo así la continuidad de la vida.

[...]

Cada uno de nosotros, pobre, encerrado en sí, encajado en el estrecho recinto de su yo, experimenta una enorme ampliación al participar en la vida mayor, en la riqueza que surge de tal comunidad, y con ello adquiere un poder creador enteramente nuevo. El individualismo y el utilitarismo ven en la comunidad exclusivamente un medio para el goce del individuo y, por lo tanto, interpretan todo orden sólo como restricción de la fuerza, no como aumento de ésta. En realidad, la nueva voluntad de la comunidad da lugar a actos más grandes que cada uno de los individuos. No existen en la vida momentos más sublimes que aquellos en que me hago cargo de que mi obrar brota de la comunidad, identificada su voluntad con la mía; de que obro no sólo desde mí mismo, sino que me sostiene el nexo de una vida magna, dentro del cual yo no paso de ser una parte y precisamente por ser sólo una parte soy grande; donde ser parte significa participar.”

Para a inserção otimizadora no todo, cumpre estudar a função do juiz e do administrador a partir do lugar que ocupam no mundo, à luz da filosofia. EDUARDO C.B.BITTAR (Filosofia Crítica e Filosofia do Direito: por uma filosofia social do direito, in Revista Cult, Ano 10, nº 112, p. 53):

“Na perspectiva de uma abordagem crítica, a filosofia permite e consente o abalo do que simplesmente aparece aos olhos como sendo a dimensão do dado, a experiência da evidência. A filosofia pressupõe uma atitude radical perante a vida e perante o mundo. Onde há

ordem, ela pode ver desordem, onde há desordem ela pode ver ordem. É dessa subversão que acaba por colher o espírito de sua tarefa desafiadora, porque comprometida com a possibilidade do novo, do não visto e não experimentado, do inovador, daquilo que desafia a ordem da regularidade dos fenômenos e da aceitação da tutela da vida desde fora. Ou seja, a filosofia acaba por consentir uma certa atitude perante o mundo, que potencializa sua capacidade transformadora, na medida em que des-aliena, por abalar a estrutura e refundar de sentido a experiência sobre o mundo. A filosofia, como *welt-weisheit*, como sabedoria mundana, como razão capaz de agir no mundo, significa um tipo de atitude perante o mundo fundadora de sentido.

A filosofia carrega conceitos, transporta-os, como prática de linguagem entre indivíduos socializados, que se tornam, uma vez conscientizados, os agentes portadores da capacidade de modificar as estruturas sociais. A transformação social se dá quando os conceitos são abandonados de sua característica abstrata e materializados em discursos, instituições, movimentos organizados de indivíduos, ações concretas que modificam a face do mundo. O mundo não é o que está aí, somente, mas também o que dele se faz a partir de ações concretas. Por isso, a filosofia tem compromisso ético com a transformação, pois representa consciência desta latência que pressupõe linguagem e ação. A filosofia significa, nesse sentido, um interdito a toda forma de banalizar a vida, o mundo, a existência, as coisas, na medida em que o seu exercício favorece um movimento de resistência racional e de reflexão diante de uma tendência à simples aceitação das coisas como elas são, enquanto dados brutos que independem da reivindicação e do processo criativo do pensamento. A filosofia, nessa linha, é interpretada como força transformadora.

(...)

A tarefa da filosofia social do direito transfere ao jusfilósofo, ele mesmo, como compromisso de que seu pensar funcione como o detetor reflexivo que percebe a opressão, como a navalha que acusa a exploração. Acaba aqui o dilema do filósofo de pensar sobre o *flatus vocis* das letras jurídicas. Seu operar é pelas idéias, como veículo de transformação social. O exercício nefelibata da jusfilosofia é um desserviço ao seu papel socioconstrutivo, este último assinalado por uma linha crítica. Se não há transformação sem ação, então é verdade constatar que não há filosofia sem práxis."

As raízes do sentimento ético acima descrito estão na própria razão do existir. A ótica cartesiana do "penso, logo existo" foi contestada pelos filósofos modernos porque, em sua diretriz subjetivista, faz do ser um pressuposto que se objetiza. O ser refoge à definição, pois que a pergunta nasce viciada, formulada em momento que precede a

possibilidade de sua gênese; há que existir alguém que é e que a si mesmo se pergunta: o resultado é a perplexidade.

Invertendo-se o ponto de vista, virando-se o prisma na direção do objeto, concluir-se-á que a existência do ser somente se constata em se observando seu dimensionamento, sua finitude; ou seja, que o existir depende de haver algo que está fora do ser. É do outro, é daquilo que se não é que dimana autorização para ser.

Dentro do existir, do ser com, o outro responde e interroga. Não é apenas o ser agente do cogito a ocupar o espaço de existir; o outro também é. O outro invade nosso universo de ser e, em o fazendo, imbrica-se nele, dilatando a existencialidade. Já não é um só que pensa e que atua. O ser com requer renúncia a parcela de autenticidade, implica concessão a outra ou outras vontades. No palco das múltiplas relações sociais, paga-se tributo a dogmas de aceitação coletiva que, ao mesmo tempo em que aliviam em cada um o fardo da responsabilidade, furtam a autoria, remetendo ao coletivo a gênese da solução imposta.

É preciso, no exercício da convivência, saber dosar o quanto de delegação se pode emprestar ao coletivo e o que deve ser reservado à responsabilidade pessoal. Obedecer cegamente aos ditames do pensamento comum é atitude demissionária, que nada constrói. Aceitar os pacotes de verdades prontas e acabadas da mídia transforma o cidadão em mero autômato, parte subjugada incapaz de contribuir eficazmente para a melhoria do todo. Emprestar um sentido construtivo à existência é dever ético.

## 2 A ética coletiva na atividade administrativa

### 2.1 A administração contra o cidadão

No relacionamento entre a parte (ser individualmente considerado) e o todo (coletividade) há reciprocidade de direitos e deveres. Há, sim, uma ética também do coletivo. As instituições devem sujeitar-se a um julgamento sob o prisma da moralidade. É fácil perceber a incidência de princípios superiores regendo a atividade administrativa. Há países em que são devolvidas ex officio quaisquer quantias que a administração surpreenda como pagas indevidamente; existem outros, entretanto, como este nosso, em que se cultua o “não” nos templos administrativos, numa irracional crença de que o direito do cidadão é contrário ao interesse do órgão público, como se este não houvesse como finalidade o atendimento mesmo ao cidadão.

Diagnostica-se um divórcio entre norma e realidade, assim abordado por CELSO LAFER ("Entre a Norma e a Realidade", Revista Cult, ano 112, p. 57):

"Há os que procuram, com razão, lidar com um sério problema que é o hiato entre norma e realidade, ou seja, o que afasta o ordenamento da realidade. E aí temos duas dimensões importantes da Filosofia do Direito a partir da incorporação do ângulo externo ao estritamente jurídico. Por exemplo, os fatos sociais. Em que medida o Direito tem ou não um impacto na realidade social e como é que o direito se ajusta, apropriadamente, à realidade social?  
(...)

No contexto de valores, Norberto Bobbio lembra que a noção de justiça é uma noção problemática. Existem vários critérios de Justo. Daí o problema da relação entre a justiça da norma e a legitimidade do poder que coloca esta norma positiva. É isso que explica a aproximação entre a Filosofia do Direito e a Filosofia Política, uma aproximação com a qual me identifico na linha de Bobbio, da mesma maneira como a relação do Direito Internacional com a Filosofia do Direito se coloca, naturalmente, na minha trajetória. Falo da relação entre Direito e poder e da interação entre a legitimidade do poder e a justiça da norma. O professor Miguel Reale tinha, desde o início de suas formulações, uma preocupação grande em postular uma visão integrada da experiência política e da experiência jurídica. Qual era a idéia-chave dele? No seu tridimensionalismo, o Direito é fruto de uma interação dinâmica entre os fatos sociais, os valores e as normas. A norma é sempre o equilíbrio provisório, mais ou menos duradouro, entre fatos e valores positivados pela interferência decisória do poder. Por isso acho que a reflexão do professor Reale é uma reflexão tão rica e tão válida para os dias de hoje, pois integra, numa dialética de mútua implicação e polaridade, todos os campos da Filosofia do Direito."

Um exame da política que vem regendo os atos administrativos revela uma forte distorção de rumos. Parece olvidada a razão mesma do surgimento do Estado, que se volta para dentro de si e, nesse ensimesmar-se, torna-se um fim. Afora a automática subsunção dos casos concretos aos manuais internos de instruções de serviço, nenhum problema mais se resolve. Padece a administração pública de um ranço autoritário que parece forçá-la a repetir que "não se está aqui para fazer favores a ninguém", como se o atendimento do cidadão fosse favor, não a observância de um dever.

A utilização pelo legislador do termo "benefício" em área previdenciária é sintoma da canhestra ótica que vê as prestações sociais como se esmolas fossem.

## 2.2 Os direitos fundamentais e a ótica assistencialista

Há muita dificuldade de emprestar-se eficácia aos direitos fundamentais. A classe dominante vê com muito preconceito a figura do pobre; custa-lhe a ela considerá-lo titular de direitos. Séculos de protecionismo paternalista criaram um caldo de cultura propício a uma hipocrisia demagógica, que pretende distribuir favores como migalhas da mesa farta da minoria abastada. O abismo da diferença social cria verdadeiro apartheid. Coexistem dois universos imbricados que não dialogam.

Os ventos do autodenominado neoliberalismo trazem como capa para maldisfarçar a ausência do Estado a teoria do “Estado Mínimo”. O espaço deixado para a iniciativa privada dilargou-se de tal maneira que atingiu até mesmo as áreas que ninguém quer ocupar: as atividades voltadas ao socorro dos hipossuficientes, que somente trazem ônus, que não geram lucros. A escola pública alcançou hodiernamente níveis tão baixos que se tem por necessário o estabelecimento de cotas para propiciar acesso mais fácil ao ensino superior àqueles estudantes que dela oriundos. Os hospitais públicos exibem fileiras de macas pelos corredores, onde se atendem precariamente os infelizes que não possuem planos particulares de saúde. A segurança pública mostra quadros de verdadeira guerra civil. Onde a existência digna que a Lei Maior garante?

A respeito, a preleção de NORBERTO BOBBIO (A era dos direitos, Editora Campus, 2ª Tiragem, p. 91 e segs.), in verbis:

“Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere ao outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível [para o italiano], de implementation. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hic et nunc, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o



'programa' é apenas moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de 'direito'? "

## 2.3 O imperativo ético da solidariedade

### 2.3.1 Consumismo, exclusão e a "doutrina do não"

A solidariedade é um imperativo ético. A sociedade consumista perde-se entre as vitrinas dos shoppings, na busca das roupas de griffes, enquanto ao menor do morro outro destino não se lhe oferece senão aceitar o "emprego" oferecido pelo traficante. Antes que promover a inclusão, cultivam-se políticas marginalizantes, concentradoras de riquezas, intolerantes com diferenças, geradoras de violência. Os entrecosques da competição cotidiana cria uma animosidade que esconde o temor de descer a degraus mais baixos da escala social. E os menos afortunados são vistos com acirrado desdém preconceituoso. Essa atitude de soberba alia-se ao medo de assumir responsabilidades. E surge a doutrina do não, fundada na constatação de que a recusa a um pedido do administrado não traz em si quaisquer ônus; enquanto o sim exige fundamentação e traz consigo responsabilidade.

Dir-se-á, em contrapartida, que, no outro extremo, estaria a "doutrina do coitadinho", cultivada pelos que, posando de progressistas, fazem caridade com o dinheiro público? Tal crítica é absolutamente falaciosa. Já se registrou acima que aquilo que se propicia ao cidadão em âmbito administrativo ou em juízo não é óbolo; é direito. O papel do juiz é estabelecer paridade; deve tratar "os desiguais de modo desigual, na proporção da desigualdade" (Oração aos Moços, Rui Barbosa). Deve estar atento, outrossim, à dificuldade de enfrentamento do mais forte pelo hipossuficiente. A isso estavam alertas os romanos, conforme a máxima *in dubio pro misero*. Em se desviando desta linha, ter-se-á o "igualitarismo majestoso a proibir tanto aos ricos quanto aos pobres roubar pão e dormir ao relento" a que se referiu Anatole France (69, *Le Livre de Mon Ami*).

### 2.3.2 "Reserva do possível": o Orçamento acima do direito à vida?

Outro discurso que se erige como obstáculo à eficácia dos direitos fundamentais, quando se trata de direitos prestacionais, é a reserva do possível. Deve-se, desde já, registrar o fato inolvidável de que tal doutrina foi colhida na Alemanha, em cenário, portanto, bem diverso da realidade brasileira; no caso Terrier, não vislumbro, concessa venia, aplicação da "reserva do possível", que, a meu sentir, é mais do que a mera impossibilidade de cumprimento de um contrato por falta de recursos financeiros. Em seguida, cumpre conceituar tal princípio corretamente, pois que se não trata de escravizar os direitos

fundamentais aos limites orçamentários, e sim do entendimento de que deve a pretensão contra o Estado conter-se nos limites do razoável. A respeito, preleciona INGO WOLFGANG SARLET ("A Eficácia dos Direitos Fundamentais", Livraria do Advogado, 3ª ed., 2003, p. 276):

"Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas da limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, de tal sorte que as limitações dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva de recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à problemática jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma 'reserva do possível', que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável."

Ora, uma coisa é exigir-se razoabilidade; outra coisa é entender que toda a concretização dos direitos fundamentais prestacionais depende da existência de verbas orçamentárias específicas. Seria esbarrar na mezinha lógica pretender que o Poder Público não possa ser compelido ao fornecimento de um determinado medicamento, essencial à preservação da vida de uma pessoa, ou imprescindível para fazer cessar um estado de sofrimento, ao simples argumento de que não há recursos na rubrica orçamentária pertinente. Tal linha de

raciocínio retiraria toda a força dos dispositivos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais prestacionais. E teríamos novamente uma Constituição plena de promessas vãs, simples carta de intenções sem reflexos quaisquer no universo da realidade, como aquelas de um passado nada distante.

Assim, não é a “reserva do possível” uma fonte de pretextos para o exercício da “doutrina do não”. A hermenêutica moderna exige novo enquadramento ético, no qual impera uma direção positiva, construtiva, realizadora do bem comum, inclusiva, tolerante, libertadora. Há que se admitir, sim, como o admite INGO SARLET (op. cit., p. 77), a existência de um autêntico sistema formado pelos direitos fundamentais elencados na Constituição; sistema este que não é propriamente lógico-dedutivo (autônomo, auto-suficiente), mas aberto e flexível.

### 3 A prevalência da interpretação sistemática

#### 3.1 Vinculação não justifica omissão do Poder Público

No estudo dos obstáculos erigidos em óbices à concretização dos direitos fundamentais, encontra especial destaque a antiga lição que vê a Administração como estreitamente vinculada. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (“Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 13<sup>a</sup> ed., p. 773), “na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido; em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção”. A radicalidade com que é seguida tal preleção tem-na transformado em mais uma justificativa de omissão, de ineficiência, resultado certamente não desejado pelo ilustre professor. Agentes públicos há que se recusam mesmo ao exercício de qualquer esforço interpretativo; que optam por negar o direito do cidadão, numa cômoda posição de Pilatos, ainda que convencidos da procedência do pedido, simplesmente por ausência de coragem para esboçar um mínimo esforço de interpretação.

A moderna hermenêutica já pacificou a idéia de que não há texto que se não submeta a interpretação. Superou-se o *in claris cessat interpretatio* à míngua de palmar evidência. Não há mais literalidade. Hoje, quando o juiz faz a subsunção da situação fática ao texto legal, não apenas aplica o dispositivo legal, mas todo o sistema. Ou, como preleciona JUAREZ FREITAS (“A Interpretação Sistemática do Direito”, 3<sup>a</sup> ed., Malheiros, p.70): “Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito”.

Registra, a respeito, o magistério de ADRIANO DE BORTOLI (“A Validade dos Atos Administrativos e a Vinculação da Administração Pública aos Direitos Fundamentais”, in “Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos”, divs. autores, organizador LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI, Momento Atual, p. 108), in verbis:

“A atuação da administração pública, tanto na estrutura judiciária quanto na legislativa ou executiva, é a que tem maiores possibilidades de se tornar ao mesmo tempo garantia e antigarantia de numerosos Direitos, alguns inclusive fundamentais. Ao mesmo tempo em que a Administração demonstra a sua vinculação ao sentido político do poder legislativo, a sua subordinação institucional e a sua organização hierárquica, pesa sobre ela maior permeabilidade a incidência de interesses particulares ou setoriais não generalizáveis à sua atuação livre ou autônoma e a sua propensão ao desvio das determinantes jurídicas que a afetam.

Essas características estão mais visíveis na administração pública no Estado social do que na do Estado liberal, devido ao maior incremento das ações sob responsabilidade do estado ao assumir em seu ordenamento princípios ético-sociais, como os direitos fundamentais da pessoa humana. Convém, portanto, assinalar a necessidade de uma dupla garantia simultânea frente à ação administrativa, como assinala Peña Freire: ‘pleno sometimiento a derecho de actividad de la administración’ e ‘control judicial integral de actividad administrativa’.

A plena sujeição da Administração Pública ao Direito é uma exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus valores fundamentais, decorrente da natureza unitária da Constituição e do ordenamento jurídico, que obriga aos seus poderes e funções se desenvolverem vinculados a seus valores e princípios, corrigindo-se ou reduzindo-se qualquer prática desviada que possa ser produzida. Assim, quanto aos atos de execução, próprios da atividade administrativa de qualquer um dos poderes ou funções, pode-se verificar constantemente sua conexão e relação com todas as outras normas do ordenamento. A apreciação do caráter substancial dessas normas possibilita que a validade dos atos do poder executivo ou de suas normas possa ser afetada se caírem em algum tipo de desvio ou ilegitimidade jurídica em relação às determinações dos planos jurídicos superiores.

[...]

A exigência de que a atuação da Administração tenha por ‘baliza e referencial’ os direitos fundamentais tem por fundamento a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que impõe a

aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental e a sua eficácia vinculante. De modo que o exercício das funções institucionais, tanto pelos agentes quanto pelos órgãos estatais, estão obrigadas, formal e materialmente, pelos direitos fundamentais, devendo-se renunciar a qualquer ingerência injustificada no âmbito de proteção desses direitos, pois se encontram afastados da esfera de disponibilidade dos Poderes Públicos. De outro lado, obrigados estão os poderes públicos de tudo fazer para a realização dos direitos fundamentais.”

### 3.2 Hierarquização técnica de princípios, normas e regras

O agente público, tanto quanto o juiz hodierno, afinizado ao progresso da ciência da interpretação, não mais pode aceitar os grilhões da letra fria da lei; cabe-lhe suplantar, quando necessário e na medida do necessário, aquilo que o texto contém cuja aplicação venha a colidir com princípios outros componentes do sistema. Trabalha ele com valores, que cumpre hierarquizar. A interpretação é exercício de ponderação na qual se empresta prioridade a determinados princípios em relação a um caso concreto; atividade de tópica que não elimina o princípio preterido, apenas deixa de fazê-lo incidir na hipótese vertente, porque nela aparece superado no confronto pelo outro de maior grau de hierarquia.

Perquirir-se-á, sempre, sobre o elevado grau de discricionariedade que se empresta ao administrador ou ao juiz, dependendo da esfera em que ocorra a interpretação, ao permitir-se que trabalhe com conceitos abertos, dentro de um sistema aberto. O reparo não se faz justo. Aqui não se defende uma fórmula simplista, uma mera utilização do “bom senso”. A interpretação sistemática é trabalho técnico, utiliza-se das ferramentas fornecidas pelo próprio sistema, que são princípios, normas e regras. Impende sempre tecer-se uma fundamentação racional. Nada há de arbitrariedade nem de cegueira ideológica. O que não se admite é que o administrador ou o juiz, em nome de uma mal compreendida “reserva do possível”, negue um medicamento imprescindível para salvar a vida de uma pessoa; na hierarquização, o direito à vida é irrecusavelmente maior. Em outro exemplo, o que não se concebe é que o juiz, a pretexto de privilegiar o interesse público – aqui por ele confundido com o interesse do órgão público –, considere válido um processo em que negado o exercício do contraditório.

## 4 A hora da revolução ética

### 4.1 A deserção do “Estado mínimo”

Penso que no Brasil avizinha-se o momento de uma revolução ética. O Estado, que aqui já era ausente, mostra-se totalmente desertor

quando se pretende “mínimo”. Segundo NORBERTO BOBBIO (op. cit., p. 86), “enquanto os direitos de liberdade nascem com o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder – os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.” A construção de uma “sociedade justa e solidária” somente se viabiliza com um Estado Democrático de Direito, que deve apresentar oportunidades iguais para o desenvolvimento integral das potencialidades de seus cidadãos.

#### 4.2 Advocacia Pública valorizada contra o excesso de judicialização

Da vinculação exacerbada às cartilhas internas de instrução decorre um excesso de judicialização; tudo o que não encontra previsão específica é remetido ao Judiciário. A continuar tal política administrativa, não haverá reforma do Judiciário que possa sequer minimizar o assoberbamento dos cartórios. O diagnóstico produzido por longa análise mostra uma ausência muito grande de resolutividade; a Administração é parca de respostas. A justificativa vem pronta: a vinculação aos textos legais. À luz da moderna hermenêutica, conforme acima já registramos, não se admite mais literalidade a que se possa o agente público vincular, nos termos da antiga lição. Deve a Administração prender-se, sim, ao direito, e não à lei.

A atitude ética que ora se propõe proíbe à autoridade administrativa o negar o direito do cidadão calçada na vetusta desculpa de que a ela não lhe cabe interpretar. Não há duas verdades, uma administrativa e outra judicial. O interpretar a lei exige condições técnicas. Tal qual as empresas particulares de maior porte, as entidades públicas necessitam de cotidiana assistência jurídica, que as oriente na prática dos atos administrativos, em atitude preventiva que evite o surgimento de conflitos desnecessários. A advocacia pública deve ser melhor aparelhada, incrementando-se as atividades de consultoria. Os procuradores dos órgãos públicos devem ser melhor prestigiados, respeitada sua autonomia técnica, outorgando-se maior peso aos pareceres como espeque às decisões das autoridades públicas. Ter-se-á, então, um aumento da liberdade interpretativa, tolhendo-se uma vinculação que proíbe o agente público de pensar.

#### 4.3 A motivação obrigatória dos atos administrativos

Toda uma tradição de medo deve ser removida; é preciso que a Administração confie em seus quadros executivos e jurídicos. Não se pode partir da premissa falaciosa de que as pessoas sejam em maior parte desonestas; ao contrário, a realidade mostra que a grande maioria é de gente séria, idealista, responsável. Cumpre aqui

registrar que, nos termos da Lei Maior vigente, as decisões administrativas impendem motivação. Assim, não se está pregando uma discricionariedade num vazio de fundamentação; continua havendo a vinculação, só que esta se desloca do terreno da pretensa literalidade, que a hermenêutica recusa, para um obrigatório nexos já não mais com a lei, e sim com o direito.

De lembrar-se, no ensejo, que a obrigatoriedade de motivação elimina praticamente a discricionariedade, em face da teoria dos motivos determinantes, pois, uma vez explicitado o fundamento do ato, fica a validade deste dependendo da procedência do esboço aduzido. À conseqüente redução da discricionariedade no decidir deve corresponder um aumento da discricionariedade no interpretar, faculdade que constitui tarefa de uma advocacia pública qualificada e prestigiada.

#### 4.4 O controle judicial da administração pública

##### 4.4.1 Doutrina desconstrói dogma do mérito intangível

Também precisa ser superado o dogma da intangibilidade do mérito do ato administrativo. Após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado “mérito” do ato administrativo, antes reservado à oportunidade e à conveniência do agente público. Hoje já se tem assente que mesmo as escolhas políticas devem estar harmonizadas às diretrizes constitucionais, pressuposto de sua validade. A respeito, a preleção de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS (“A Constitucionalização do Direito Administrativo e o Controle de Mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário”, Boletim Jurídico, ano V, nº 220, Uberaba/MG 27/03/2007, pp. 24/44), verbis:

“Os princípios *sub oculis*, como conceituados por José dos Santos Carvalho Filho, são ‘diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles’.

Funcionam assim os princípios, como normas fundamentais para boa gestão da coisa pública.

Com essa nova filosofia, onde os princípios constitucionais constituem-se como ‘raízes’ do direito administrativo, houve substancial alteração deste ramo do direito, que passou a ser totalmente vinculado a essa nova filosofia de conceitos.

Com essa vinculação, os princípios constitucionais passaram a controlar a Administração Pública, em especial no aperfeiçoamento do

controle da Administração Pública quanto aos seus atos discricionários, permitindo uma identificação do ambiente decisório do administrador, em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.

Assim, a oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo não poderão ser desprezados pelos princípios da Constituição, que, funcionando como critério objetivo de toda a Administração Pública, devem estar presentes na liberdade de escolha pelo administrador público. Estes limites de ordem constitucional demarcam o espaço de atuação do administrador, como infere Luís Roberto Barroso:

‘O poder discricionário, portanto, encontra limites, como já referido, na finalidade legal da norma que o institui, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais. No normal das circunstâncias, como no caso examinado neste estudo, a finalidade legal do ato a ser praticado e as normas constitucionais são limites que convivem harmoniosamente para demarcar o espaço de atuação do administrador, mas é importante registrar que, em caso de conflito insuperável entre esses dois elementos, a supremacia será sempre das normas constitucionais, admitindo-se mesmo que o administrador deixe de dar cumprimento à lei em reverência à Constituição.’

[...]

Nessa situação é que o controle jurisdicional é imperioso para o equilíbrio de forças, pois o administrado possui nos princípios constitucionais a garantia de que não será oprimido pela envergadura do poder público.

[...]

Não vigora mais a idéia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo.

Deturpa-se, por outro lado, o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, como se ele fosse o intruso aleatoriamente, descartando-se que a sua missão é combater o excesso de poder do órgão público, quando confrontados seus atos com os princípios e as normas legais.”

#### 4.4.2 Jurisprudência adota a nova visão



A jurisprudência exercita idêntica revisão de conceitos, conforme bem exemplifica o seguinte julgado, em que relatora a Ministra ELIANA CALMON:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido.” (RECURSO ESPECIAL Nº 493.811-SP [29002/0169619-5] – DJ de 15.03.2004)

Do substancioso voto que dá sustentação à solução estampada na ementa, colhem-se os seguintes excertos:

“A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento de políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e a sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, ‘o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social e sua complexidade e articulação interna’.

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante renegociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do Administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes.

[...]

A alegação do Município de que enfrenta dificuldades financeiras, com falta de recursos necessários, segundo minha visão, é de absoluta impertinência, como também impertinente a visão do TJ/SP, ao proclamar em sede de embargos infringentes:

‘MENOR – Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato Discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos.’

É interessante observar que o relator, ao proferir seu voto vencedor, deixou registrado:

‘Deve-se, ainda, relevar que a matéria envolve questões de orçamento e disponibilidade do erário público com a dotação específica para implantação de meios para a efetivação das medidas pleiteadas. Tal ponto é de iniciativa do Executivo, sujeito a alterações pelo Legislativo, o que, como já foi dito, caso haja determinação do Poder Judiciário nesse sentido, haveria uma intromissão nos poderes administrativos do Executivo.’

A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o non facere, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, por que traçou ele um programa

específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?

O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluído no próximo orçamento municipal verba própria e suficiente para atender o programa."

#### 4.5 O juiz como fonte criadora do direito

Cumpre enfrentar mais um dogma-pretexto: o mito do "legislador negativo". EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR ("Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo", in "Direito Federal", Revista da AJUFE, ano 23, nº 85, p. 85) elaborou substancioso trabalho em que, a partir de um esboço histórico desde a Revolução Francesa, mostra que superado o instituto do "référé législatif", que obrigava o juiz, quando havida como necessária uma interpretação da lei, que se dirigisse ao Poder Legislativo, que detinha, no pensar de então, monopólio absoluto não só da tarefa legislativa como também da própria criação da norma. Ressalta ele, com fulcro em trabalhos de JEAN CRUET e HENRI LÉVI-BRUHL, que a função criadora do juiz houve seu reconhecimento, incluída a jurisprudência entre as fontes criadoras do direito. E arremata com preleção de LAFUENTE BALLE (La judicialización de la interpretación constitucional, Madrid, Editorial Colex, 2000, p.77/94), que apresenta como "autor mais moderno, que se posiciona no sentido de que a atividade de jurisdição constitucional é, indiscutivelmente, criativa, ainda quando atue como legislador negativo."

Prosseguindo no mesmo estudo, afirma o douto juiz potiguar (op. cit., p. 96):

"Depreende-se, pois, não ser mais contestável o apanágio do sistema jurídico, seja pela natural falibilidade do legislador em disciplinar todas as relações da cada vez mais complexa vida gregária, seja pela singularidade de que o texto legal deva ser interpretado, em atenção às transformadoras reações ocorridas no meio social.

Além disso, a longa exposição de opiniões doutrinárias nos leva a considerar como irrecusável que, versando a Constituição uma disciplina não individualizada ou detalhada, mas que, ao contrário, caracteriza-se por cláusulas gerais e conceitos de valor, não se pode

negar ao seu intérprete a imensa faculdade de tomar decisões com certa autonomia. Isso se dá principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, no qual a menção a expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fornece elementos que, durante o esforço exegético para sua concreção, permitem uma pluralidade de deliberações.”

Verdade é que, muito embora não se ouse aqui considerar como abandonada a tradicional vedação de exercer o juiz tarefa de “legislador positivo”, o Supremo Tribunal Federal, no julgar a RMS 22.307-DF, deferiu aos impetrantes o direito ao reajuste de 28,86%.

Tanto o douto juiz federal potiguar cujo trabalho ilustrou este estudo quanto Francisco Cavalcanti têm como superada a proscrição do juiz legislador positivo, assim:

“O óbice, assaz reprisado, de que tal postura constitui indevida apropriação, por parte do Judiciário, da função legislativa não mais convence.

Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração da norma jurídica, com a discricionariedade àquela peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa.

Nesse particular, carradas de razão possui Francisco Cavalcanti – que, salvo engano, pode aqui ser apontado como precursor doutrinário do tema, ao frisar a superação do lastro informador da Súmula 339-STF. Constata o autor que a ausência de correção, pela jurisdição constitucional brasileira, das inconstitucionalidades por omissão relativas se deve ao equívoco em confundir ato de criação de norma inexistente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estão em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional [...], resta ao Tribunal tão-somente declarar a constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia.”

#### 4.6 Os direitos do servidor público diante das cláusulas exorbitantes

Dogma outro que vem alimentando a “doutrina do não” é a iterativa alegação de que “não tem o servidor público direito adquirido a determinado regime”, verdade pronta e acabada a que se tem dado tamanho elastério semântico que, em suma, passa a equivaler a uma assertiva cabal de que no serviço público, para o servidor, não surte qualquer efeito o princípio da tranqüilidade jurídica. Em relação ao tema, o argumento simplista de que o interesse público impera sobre o particular vem mangrado pela velha confusão entre o interesse público e o interesse do órgão público, que não coincidem necessariamente.

A lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que aponta ser de natureza institucional, e não contratual, a relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª edição, p. 235), vem dando margem a muitos equívocos. Permissa maxima venia do ilustre professor de direito, o que se pode dizer é que o empregado público fica sujeito às normas gerais de Direito do Trabalho, enquanto os funcionários stricto sensu têm em seu nexos para com a Administração as peculiaridades dos contratos públicos. Mas institucional e contratual não são atributos que se excluem. A conceituação de contrato administrativo da lavra do mesmo mestre de direito (op. cit. p. 560) mostra:

“À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”

O vínculo entre o funcionário público e a Administração é irrecusavelmente contratual, pois que há obrigação mútua de ambas as partes. Trata-se de contrato administrativo, figura jurídica em que coabitam tanto a índole contratual quanto a institucional. A diferença entre a avença particular e a institucional está na presença das cláusulas exorbitantes. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“Direito Administrativo”, Editora Atlas, 2006, 19ª edição, p. 263), assim leciona:

“Já no que concerne às prerrogativas, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa.

Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por

encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também, unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam lícitas nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que prevêem aplicação das penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; em todos esses casos está presente a executoriedade, que constitui atributos de certos atos praticados pela Administração e que não seriam válidos quando conferidos ao particular.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derogue o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o comodato de bem público, pode estabelecer para a administração a faculdade de exigi-lo de volta por motivo de interesse público."

As chamadas "cláusulas exorbitantes", contudo, não guardam o condão de permitir à Administração infligir prejuízos aos particulares. Ninguém em sã consciência vai defender a infeliz idéia de que a possibilidade de rescisão a qualquer tempo do contrato com a Administração isenta a indenização de danos causados pela utilização da cláusula exorbitante. HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", Editora RT, 14ª edição, p. 348) assim se manifesta em relação à retomada unilateral de serviços concedidos (encampação):

"Encampação ou resgate é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo. Não pode o concessionário,

em caso algum, opor-se à encampação. Seu direito se limita à indenização dos prejuízos.”

Mutatis mutandis, em se tratando do nexo entre o funcionário público stricto sensu com a Administração, dir-se-á, com acerto, que o funcionário público não se pode opor a uma alteração de regime. Todavia, também não se há de pretender que os direitos já adquiridos, as vantagens já integradas em seu patrimônio jurídico, simplesmente desapareçam em razão da unilateral vontade do Poder Público. A solução tem sido encontrada pela criação de “vantagem pessoal não identificada” (VPNI), que compatibiliza a mudança do regime com a preservação dos direitos, evitando-se lesão ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Constitui, todavia, truculenta ilicitude, com fortes tintas de inconstitucionalidade, dispositivo que preveja a “assimilação” de tal verba em aumentos gerais posteriores. As cláusulas exorbitantes – dentre as quais se insere aquela que faculta à Administração a modificação do regime – não são instrumento de arbítrio, não obrigam quem quer que seja a arcar com injustos prejuízos, nem facultam o atropelamento de direitos adquiridos sem a devida compensação.

Um Estado ético, cômico de suas finalidades, atento à sagrada missão de propiciar o bem comum, seguindo o norte do interesse público, certamente formará um cidadão igualmente renovado em sua posição na conjuntura social, participante e idealista, ínsito em um modelo de país que seja incluyente e faculte o desenvolvimento maior possível de todas as potencialidades de seus nacionais. Distanciar-se-ão, então, das formulações de políticas administrativas as intenções que ora se fazem presentes de fulminar ou diminuir conquistas sociais. Que impere o princípio do não-retrocesso. A respeito, INGO WOLFGANG SARLET (op. cit., p. 393):

“No âmbito da doutrina, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa dizer que exista um consenso a respeito desta problemática. Os defensores desta concepção, dentre os quais merece destaque o nome do conceituado publicista lusitano Gomes Canotilho, sustentam que, após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração ao princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado. Esta

proibição de retrocesso, ainda segundo Gomes Canotilho, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.”

## Conclusão

Em conclusão deste estudo, cumpre asseverar que os direitos fundamentais, para que otimizados em sua concretização, estão a exigir uma nova atitude ética, que direcione tanto a Administração quanto o Judiciário a uma conduta que realmente apresente respostas eficazes; redirecionamento que somente pode ser obtido com uma revisão na política administrativa, em que haja conscientização da razão de existir do Estado, e das inspirações que deram gênese a cada uma das instituições; em que presente um sentido finalístico que não se dissolva em meandros de má-vontade burocrática. Ao mesmo tempo em que diminuída a discricionariedade pela sadia exigência de fundamentação, deve-se alargar o poder da Administração de interpretar as leis, recusando a vinculação estreita que ora se prega, propiciando uma assistência jurídica que defina cotidianamente onde deferir e onde recusar o pedido do cidadão; onde conciliar, onde contestar e onde recorrer.

Há que se implementar eficácia, proscrevendo conflitos inúteis, os incidentes processuais procrastinatórios, as defesas vazias. Ao Judiciário somente lhe devem ser remetidas lides que, dentro da ótica administrativa e jurídica adotada pela Administração, não lograrem encontrar uma solução em âmbito administrativo. O papel do advogado público deve ser reestudado, respeitando-se-lhe a independência e autoridade técnica, outorgando aos pareceres jurídicos o condão de servir de apoio às decisões administrativas, deixando ao Judiciário tão-somente os casos em que realmente haja confronto entre a postulação que lhe é dirigida e a opinião fundamentada da Administração. Assim, perderá força a “doutrina do não”; já não